CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. WALTER VAN GERVEN

presentadas el 24 de enero de 1991 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

1. El Sozialgericht Nürnberg (en lo sucesivo, «órgano jurisdiccional remitente») debe pronunciarse sobre un gran número de asuntos interpuestos por personas que residen en un Estado miembro distinto de la República Federal de Alemania contra el Bundesanstalt für Arbeit, institución alemana que, conforme a la Bundeskindergeldgesetz (Ley relativa a las asignaciones por hijos a cargo; en lo sucesivo, «BKGG»), es competente para el pago de la asignación por hijo («Kindergeld»). En todos estos asuntos, el problema radica en determinar si la institución alemana competente está obligada a conceder a los titulares de pensiones o a los huérfanos residentes en otro Estado miembro «un complemento a las prestaciones» (en alemán, «Unterschiedsbetrag»), equivalente a la diferencia entre el importe de las prestaciones realmente percibidas en el sentido de los artículos 77 y 78 del Reglamento (CEE) nº 1408/71, [1] abonadas conforme a la legislación del Estado miembro de residencia, y el importe de la asignación por hijo prevista en la BKGG.

El órgano jurisdiccional remitente ha elegido diez ejemplos («Pilotfälle», asuntos que sirven de caso «piloto») entre un gran número de asuntos pendientes, con el fin de ofrecer al Tribunal de Justicia una panorámica de los tipos de situaciones que se presentan. En el marco de estos asuntos, el órgano jurisdiccional remitente considera necesario que el Tribunal de Justicia se pronuncie sobre la interpretación de los artículos 77 y 78 del Reglamento nº 1408/71, por lo que ha planteado al Tribunal de Justicia determinado número de cuestiones agrupadas en cuatro apartados.

Antes de examinar tales cuestiones, creo útil señalar las características del régimen establecido en los artículos 77 y 78 del Reglamento nº 1408/71.

Características del régimen establecido en los artículos 77 y 78 del Reglamento nº 1408/71

2. El artículo 77 del Reglamento nº 1408/71 contiene diversas normas destinadas a determinar el Estado miembro en virtud de cuya legislación deberán concederse las asignaciones por *hijos* a cargo de los titulares de pensiones o de rentas (por motivos de brevedad, en lo sucesivo sólo me referiré a los titulares de pensiones). Está expresamente previsto que estas normas se aplicarán cualquiera que sea el Estado miembro en cuyo territorio residan el titular de pensiones o los hijos.

Este artículo se apoya en el *principio* de que las prestaciones se conceden conforme a la legislación de un único Estado miembro. Cuando la pensión corresponda en virtud de la legislación de un único Estado miembro,

* Lengua original: neerlandés.

1 — Artículos 77 y 78 del Reglamento (CEE) nº 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en la versión contenida en el Anexo I del Reglamento (CEE) nº 2001/83 del Consejo, de 2 de junio de 1983 (DO L 230, p. 6; EE 05/03, p. 53).

los subsidios deberán concederse conforme a la legislación de ese Estado miembro [letra a) del apartado 2 del artículo 77]. Pero también en el caso de una pensión debida en virtud de las legislaciones de varios Estados miembros, se prevé que las asignaciones por hijos se concederán conforme a la legislación de un único Estado miembro. En ese caso, se aplican las siguientes normas de prioridad. En primer lugar aparece el Estado miembro en cuyo territorio reside el titular de pensiones [inciso i) de la letra b) del apartado 2 del artículo 77]. Si el interesado no ha causado derecho a las asignaciones en virtud de esta legislación, en segundo lugar se tiene en cuenta el Estado miembro a cuya legislación el interesado haya estado sujeto más tiempo [primera parte del inciso ii) de la letra b) del apartado 2 del artículo 77]. Si el interesado tampoco ha causado derecho a las prestaciones en virtud de la legislación de este último Estado miembro, se tienen en cuenta los demás Estados miembros afectados, siguiendo, en escala decreciente, el orden marcado por la distinta duración de los períodos de seguro o de residencia que haya cubierto bajo la legislación de tales Estados miembros [segunda parte del inciso ii) de la letra b) del apartado 2 del artículo 77].

El citado principio, según el cual las asignaciones por hijos se concederán conforme a la legislación de un único Estado miembro, incluso cuando las pensiones sean debidas en virtud de las legislaciones de varios Estados miembros, conoce, no obstante, una importante *excepción.* En el asunto Laterza,[2] el Tribunal de Justicia declaró:

«El inciso i) de la letra b) del apartado 2 del artículo 77 del Reglamento nº 1408/71 debe interpretarse en el sentido de que el derecho a prestaciones familiares a cargo del Estado en cuyo territorio reside el titular de una pensión de invalidez no hace que desaparezca el derecho a prestaciones familiares más elevadas causado con anterioridad a cargo de otro Estado miembro. Cuando el importe de las prestaciones familiares efectivamente percibido en el Estado miembro de residencia sea inferior al de las prestaciones previstas por la legislación del otro Estado miembro, el trabajador tiene derecho, a cargo de la institución competente de este último Estado, a un complemento a las prestaciones, igual a la diferencia entre ambos importes» *(traducción provisional).*

El Tribunal de Justicia confirmó esta jurisprudencia en las sentencias Patteri[3] y Baldi.[4]

3. El artículo 78 del Reglamento nº 1408/71 contiene normas semejantes para designar el Estado miembro cuya legislación regula la concesión de las prestaciones para *huérfanos.* También en este caso se prevé que las prestaciones en favor de los huérfanos serán concedidas, en principio, según la legislación de un solo Estado miembro, incluso cuando se trate del huérfano de un trabajador fallecido que haya estado sujeto a las legislaciones de varios Estados miembros. También en este caso, dicho principio conoce una importante excepción. En el asunto Gravina,[5] el Tribunal de Justicia declaró:

«El inciso i) de la letra b) del apartado 2 del artículo 78 del Reglamento (CEE) nº 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, debe interpretarse en el sentido de que el derecho a prestaciones a cargo del Estado en cuyo territorio reside el huérfano a quien le han sido concedidas no hace que desaparezca el derecho a las prestaciones

2 — Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de junio de 1980, Laterza (733/79, Rec. p. 1915).

3 — Sentencia de 12 de julio de 1984, Patteri (242/83, Rec. p. 3171).

4 — Sentencia de 14 de marzo de 1989, Baldi (1/88, Rec. p. 667).

5 — Sentencia de 9 de julio de 1980, Gravina (807/79, Rec. p. 2205).

más elevadas causado con anterioridad sólo en virtud de la legislación de otro Estado miembro. Cuando el importe de las prestaciones efectivamente percibido en el Estado miembro de residencia sea inferior al de las prestaciones previstas sólo por la legislación del otro Estado miembro, el huérfano tendrá derecho, a cargo de la institución competente de este último Estado, a un complemento a las prestaciones equivalente a la diferencia entre ambos importes» *(traducción provisional).*

El Tribunal de Justicia confirmó esta jurisprudencia en las sentencias D'Amario [6] y Ventura. [7]

Las cuestiones planteadas en el apartado 1

4. La *primera cuestión* planteada en el apartado 1 afecta a dos situaciones diferentes.

La *primera situación* se refiere al titular de la pensión en virtud de las legislaciones de *dos* Estados miembros, como consecuencia de haber trabajado en ambos Estados. El interesado tiene uno o varios hijos que viven con él. Respecto a esos hijos percibe prestaciones en virtud de la legislación del Estado miembro de residencia. No obstante, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia arriba mencionada, considera tener derecho a percibir un complemento a las prestaciones por parte de la institución competente del otro Estado miembro (en este caso, la República Federal de Alemania).

La *segunda situación* difiere de la primera en la medida en que no se refiere a un titular de pensiones que tenga hijos, sino al huérfano de un trabajador migrante fallecido que estaba sujeto a las legislaciones de *dos* Estados miembros. Este huérfano percibe prestaciones conforme a la legislación del Estado miembro en cuyo territorio reside. También él considera, no obstante, que puede tener derecho a percibir un complemento a las prestaciones a cargo de la institución competente del otro Estado miembro (en este caso, la República Federal de Alemania).

El órgano jurisdiccional remitente desea saber si la institución competente del otro Estado miembro (la República Federal de Alemania), conforme al artículo 77 del Reglamento nº 1408/71 (primera situación) o conforme al artículo 78 de dicho Reglamento (segunda situación), está obligada a abonar un complemento a las prestaciones en el caso de que la legislación de este Estado miembro subordine la concesión de las prestaciones al requisito de que el titular de la pensión y sus hijos, o, en su caso, el huérfano, residan en el territorio de este Estado miembro. En efecto, la BKGG subordina la concesión de la asignación por hijos a cargo al cumplimiento de tal requisito de residencia. [8]

5. De la resolución de remisión resulta que el órgano jurisdiccional remitente se basa en la citada jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la concesión de un complemento a las prestaciones. Considera, no obstante, que es posible interpretar esta jurisprudencia. Señala, más concretamente, que la alusión en la sentencia Gravina a «*sólo* en virtud de la legislación de otro Estado miembro» puede apoyar el punto de vista según el cual, a los huérfanos y, posiblemente, tampoco a los titulares de pensiones, no les corresponde ningún complemento a las prestaciones cuando no cumplen todos los requisitos, incluido el requisito de residencia, previstos por la legislación de este otro Estado miembro para tener derecho a

6 — Sentencia de 24 de noviembre de 1983, D'Amario (320/82, Rec. p. 3811).

7 — Sentencia de 14 de diciembre de 1988, Ventura (269/87, Rec. p. 6411), apartado 14.

8 — Véase el punto 1 del apartado 1 y el punto 1 del apartado 2 del artículo 1 y el apartado 5 del artículo 2 de la BKGG.

las prestaciones. Semejante interpretación conduciría a dispensar a la institución alemana competente de la obligación de conceder un complemento a las prestaciones a los demandantes en los litigios principales, que residen fuera del territorio alemán, habida cuenta del requisito de residencia impuesto por la BKGG.

6. En mi opinión, no puede admitirse esta interpretación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la concesión de un complemento a las prestaciones.

Dicha jurisprudencia parte de la consideración de que los artículos 77 y 78 del Reglamento nº 1408/71 deben interpretarse a la luz del artículo 51 del Tratado CEE, que encarga al Consejo la adopción, en materia de Seguridad Social, de las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores. Como el Tribunal de Justicia declaró en la sentencia Gravina (en el apartado 6), no se alcanzaría el objetivo del artículo 51

«si, como consecuencia del ejercicio de su derecho a la libre circulación, los trabajadores debieran perder las ventajas de Seguridad Social que les concede, en cualquier caso, sólo la legislación de un Estado miembro» *(traducción provisional).*

En esta misma línea, el Tribunal de Justicia consideró en la sentencia Rossi (apartado 14):[9]

«Salvo excepción explícita que se atenga a los objetivos del Tratado, la normativa comunitaria no puede aplicarse de manera que prive al trabajador migrante o a sus derechohabientes de los derechos que les atribuye una parte de la legislación de un Estado miembro» *(traducción provisional).*

En las sentencias Laterza (apartado 8) y Gravina (apartado 7), el Tribunal de Justicia añadió que la normativa comunitaria tampoco puede conducir a disminuir las prestaciones concedidas en virtud de la legislación nacional.

7. Esta *ratio* subyacente en el derecho a un complemento a las prestaciones permite concretar el contenido de este derecho. Este derecho implica que, al titular de pensiones o al huérfano de que se trate, les corresponda un importe que representa la diferencia entre el importe de la prestación que percibe efectivamente en el Estado miembro de residencia (primer término de la comparación) y el importe de la prestación que habría percibido en virtud de la legislación del otro Estado miembro (en este caso, la República Federal de Alemania), de acuerdo con la ficción de que el interesado o su causante no ejerció el derecho a la libre circulación, sino que continuó residiendo en este último Estado miembro (segundo término de la comparación).

Las anteriores consideraciones demuestran que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no puede interpretarse en el sentido de que podría denegarse un complemento de las prestaciones en el caso de que la legislación del Estado miembro que debería soportar la carga de esta prestación subordine la concesión de las prestaciones por hijos a un requisito de residencia. En primer lugar, puede observarse que el derecho a un complemento a las prestaciones sólo tiene sentido si el beneficiario reside en un Estado miembro diferente del que soporta la carga de esta prestación. Si bien es cierto que, para comprobar el segundo término de la

9 — Sentencia de 6 de marzo de 1979, Rossi (100/78, Rec. p. 831).

comparación, el Tribunal de Justicia ha reconocido que el titular de pensiones y sus hijos, o, en su caso, el huérfano, deben cumplir los requisitos para la concesión previstos en la legislación del Estado miembro de que se trate (en este caso, la República Federal de Alemania), no obstante, esta comprobación debe efectuarse *como si* los interesados residieran en este Estado miembro, lo cual implica que no se les puede oponer un requisito de residencia. Cualquier otra interpretación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia conduciría, en definitiva, a contradecir lo dispuesto expresamente en el Reglamento nº 1408/71. En efecto, el apartado 2 del artículo 77 de este Reglamento prevé que los titulares de pensiones pueden tener derecho a las prestaciones por hijos previstas en dicho artículo «cualquiera que sea el Estado miembro en cuyo territorio residan el titular de pensiones o rentas o los hijos». El apartado 2 del artículo 78 del Reglamento nº 1408/71 incluye un precepto análogo en relación con las prestaciones en favor de huérfanos previstas en dicho artículo. Estas deben concederse «cualquiera que sea el Estado miembro en cuyo territorio resida el huérfano o la persona física o jurídica que lo tenga de modo efectivo a su cargo».

Debe responderse, pues, a la primera cuestión planteada en el apartado 1 que también corresponde un complemento a las prestaciones en el caso de que la legislación del Estado miembro que soporta la carga de estas prestaciones subordine la concesión de las prestaciones al requisito de que el titular de la pensión o sus hijos, o, en su caso, el huérfano, residan en el territorio de dicho Estado.

8. Para comprender bien la *segunda cuestión* planteada en el apartado 1, es útil profundizar en la legislación alemana relativa a las víctimas de un grave accidente de trabajo que perciben una pensión de invalidez. Cuando tienen uno o varios hijos a cargo, el apartado 1 del artículo 583 de la Reichsversicherungsordnung (Ley alemana en materia de Seguridad Social; en lo sucesivo, «RVO») les reconoce, bajo ciertas condiciones, un subsidio suplementario, denominado «suplemento por hijo a cargo» («Kinderzulage»), por encima de su pensión de invalidez. Este suplemento por hijo a cargo no constituye una prestación autónoma efectuada por parte de una institución competente en materia de subsidios familiares. Forma parte de la pensión de invalidez, que se ve incrementada en un 10 % por hijo a cargo.

El artículo 8 de la BKGG dispone que la asignación por hijo a cargo —es decir, los subsidios familiares que corresponden en principio a todas las personas residentes en la República Federal de Alemania que tengan hijos a cargo— no se pagará respecto a los hijos por los que ya se hayan abonado los suplementos por hijos a cargo. Ahora bien, una víctima de un accidente de trabajo tiene derecho a una asignación por hijo a cargo cuando el importe que percibe en concepto de suplemento por hijo a cargo es inferior al de la asignación por hijo a cargo que percibiría si no estuviera sometido al régimen de invalidez. Esta situación puede presentarse sobre todo en el caso de familias numerosas, porque, a diferencia del régimen de suplemento por hijo a cargo, el régimen de la asignación por hijo a cargo prevé una prestación por hijo superior cuanto mayor sea el número de hijos a cargo.[10] En tal caso, el titular de una pensión de invalidez puede tener derecho a una asignación por hijo a cargo cuyo importe equivale a la diferencia entre la suma que percibe efectivamente en concepto de suplemento por hijo a cargo y la suma que habría percibido en concepto de asignación por hijo a cargo.

10 — Véase el artículo 10 de la BKGG.

Esta diferencia, que en lo sucesivo denominaré «Teilkindergeld» (asignación parcial por hijos a cargo) es abonada por la institución competente para el pago de la asignación por hijos a cargo.

El régimen arriba descrito fue derogado a finales de 1983.[11] En lo sucesivo, las víctimas de un grave accidente de trabajo a las que les corresponda una pensión de invalidez sólo percibirán, respecto a sus hijos a cargo, la asignación por hijos. No obstante, el citado régimen se mantiene para aquellos que con anterioridad a 1984 percibían suplementos por hijos a cargo.

9. El Sr. Palermo, demandante en el séptimo litigio principal, de nacionalidad italiana, se encuentra en esta última situación, tal como se desprende de las observaciones por él presentadas ante el Tribunal de Justicia. En 1978, cuando trabajaba en la República Federal de Alemania, fue víctima de un grave accidente de trabajo. En 1979 volvió a Italia, donde reside con sus cinco hijos, nacidos entre 1973 y 1982 (alguno de éstos, pues, nació después de su regreso a Italia). Percibe en este país una pensión de invalidez, así como una asignación por hijos en virtud de la legislación italiana. También percibe en dicho país una pensión de invalidez incrementada con suplementos por hijos a cargo, en virtud de la RVO. Ahora bien, el importe de estos suplementos por hijos a cargo es inferior a la asignación por hijos a cargo normalmente debida. Por consiguiente, el Sr. Palermo considera tener derecho al «Teilkindergeld», deducción hecha de la asignación (inferior) efectivamente pagada respecto a los hijos en virtud de la legislación italiana.

11 — Apartado 22 del artículo 1 de la Haushaltsbegleitgesetz (Ley presupuestaria) de 1984, de 22 de diciembre de 1983 (BGBl. I, p. 1532).

10. Conforme al apartado 1 del artículo 77 del Reglamento nº 1408/71, el término «prestaciones» en el sentido con que se utiliza en dicho artículo se refiere a:

«los subsidios familiares previstos para los titulares de pensiones o de rentas de vejez, de invalidez, de accidente de trabajo o de enfermedad profesional, así como a los incrementos o a los suplementos de esas pensiones o rentas, establecidos en favor de los hijos de dichos titulares, *con la excepción de los suplementos concedidos en virtud del seguro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*».

Nadie niega que los suplementos por hijos a cargo constituyen suplementos de pensiones concedidos en virtud del seguro de accidentes de trabajo y que, por lo tanto, quedan fuera del ámbito de aplicación del artículo 77 del Reglamento nº 1408/71. Tal como la entiendo, la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente se dirige, en concreto, a determinar si, como consecuencia de la exclusión de los suplementos por hijos a cargo en el caso de un titular de una pensión de invalidez, también quedan excluidas otras prestaciones que puedan corresponder al interesado por hijos y, por lo tanto, también el citado «Teilkindergeld».

11. La exclusión de los suplementos de pensiones concedidos en virtud del seguro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales está inspirada por la consideración de que estos importes forman parte de prestaciones reguladas en otros preceptos del Reglamento nº 1408/71 (véase el Capítulo 4 del Título III, «Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales», del Reglamento nº 1408/71).

A este respecto, el apartado 3 del artículo 58, que forma parte del Capítulo 4 del Título III del Reglamento nº 1408/71, dispone:

«La institución competente de un Estado miembro cuya legislación prevea que la cuantía de las prestaciones en metálico varíe con el número de los miembros de la familia, tendrá también en cuenta a los miembros de la familia del interesado que residan en el territorio de otro Estado miembro, como si residiesen en el territorio del Estado competente.»

Por su parte, el apartado 1 del artículo 10 del Reglamento nº 1408/71 señala:

«A menos que el presente Reglamento disponga otra cosa, [...] las rentas de accidente de trabajo o de enfermedad profesional [...] adquiridas en virtud de la legislación de uno o de varios Estados miembros, no podrán ser objeto de ninguna reducción, modificación, suspensión, supresión o confiscación por el hecho de que el beneficiario resida en el territorio de un Estado miembro distinto de aquél en que se encuentra la institución deudora.»

Conforme a los preceptos arriba citados, el Sr. Palermo tiene derecho a una pensión de invalidez —y de hecho la percibe— en virtud de la legislación alemana, incrementada con suplementos por hijos a cargo respecto a sus hijos residentes en Italia.

12. De lo anterior no se infiere que deba excluirse asimismo el «Teilkindergeld» del ámbito de aplicación del artículo 77 del Reglamento nº 1408/71. Tal asignación no constituye un elemento de la pensión de invalidez, sino que es un elemento de la asignación por hijos a cargo concedida en virtud del régimen de la BKGG. Ahora bien, conforme al artículo 5 del Reglamento nº 1408/71, la República Federal de Alemania notificó una Declaración según la cual las prestaciones en virtud de la BKGG constituyen subsidios familiares en el sentido del artículo 77 de dicho Reglamento.[12] En la sentencia Beerens,[13] el Tribunal de Justicia declaró que las prestaciones concedidas en virtud de una Ley mencionada en una de estas declaraciones son prestaciones de Seguridad Social en el sentido del Reglamento nº 1408/71. Teniendo en cuenta la citada Declaración de la República Federal de Alemania, que se remite expresamente al artículo 77 del Reglamento nº 1408/71, es, pues, evidente que cualquier prestación debida en virtud de la BKGG constituye un subsidio familiar en el sentido de dicho artículo 77.

Habida cuenta de lo anteriormente expuesto, considero que la segunda cuestión planteada en el apartado 1 exige una respuesta afirmativa: el artículo 77 del Reglamento nº 1408/71 es aplicable a la parte de la asignación por hijo a cargo a la que el titular de una pensión de accidente de trabajo con uno o varios hijos a cargo tenga derecho en virtud de la BKGG.

Las cuestiones planteadas en el apartado 2

13. En las cuestiones planteadas en el apartado 2, el órgano jurisdiccional remitente no indica qué disposiciones comunitarias

12 — Letra b) del apartado 1 del punto IV de la Declaración publicada en el Diario Oficial 1980, C 139, p. 1. Esta Declaración, en la versión modificada por la Declaración publicada en el Diario Oficial 1983, C 351, p. 1, indica lo siguiente:
«b) asignaciones por hijos [en la versión alemana, "Kindergeld"]:
— Ley relativa a las asignaciones por hijos a cargo (Bundeskindergeldgesetz) de 14 de abril de 1964, con modificaciones y suplementos, en la versión aplicable» *(traducción no oficial)*.

13 — Sentencia de 29 de noviembre de 1977, Beerens (35/77, Rec. p. 2249).

pretende que el Tribunal de Justicia interprete. Sin embargo, del contexto puede deducirse que se solicita la interpretación únicamente del artículo 77 del Reglamento (CEE) nº 1408/71, ya que este precepto regula la situación del titular de pensiones que tenga hijos a cargo, situación a la que se refieren dichas cuestiones.

La *primera cuestión* planteada en el apartado 2, tal como yo la entiendo, se refiere a un pensionista de un Estado miembro que ha trabajado tanto en este Estado miembro como en otro (en este caso, la República Federal de Alemania). Al igual que en la primera situación descrita en el apartado 1, habita junto a sus hijos en el Estado mencionado en primer lugar. Percibe dos prestaciones en virtud de la legislación de este Estado miembro de residencia: una pensión y una asignación por hijos. También percibe en dicho Estado una pensión en virtud de la legislación del otro Estado miembro (en este caso, la República Federal de Alemania). Lo específico de esta situación es que el derecho a esta última pensión no se causó sino después de que el interesado trasladara su residencia al Estado miembro del que es nacional.

Esta situación se presenta, entre otros, en el caso del Sr. Giganti, demandante en el cuarto litigio principal, tal como resulta de las observaciones por él presentadas ante este Tribunal de Justicia. En *1979*, el Sr. Giganti, de nacionalidad italiana y residente entonces en la República Federal de Alemania, solicitó una pensión de invalidez de la institución aseguradora alemana competente. En *1980*, regresó a Italia. Conforme a la legislación italiana, se le concedieron una pensión de invalidez y asignaciones por sus dos hijos. En *1981*, la institución alemana le concedió una pensión de invalidez (con efectos a partir de junio de 1979), incrementada con una asignación complementaria por sus dos hijos denominada «Kinderzuschuß».[14] El importe de este incremento es, no obstante, inferior a la asignación por hijo a cargo normalmente debida («Kindergeld»). Por consiguiente, el Sr. Giganti considera tener derecho al «Teilkindergeld», deducción hecha de la asignación (inferior) efectivamente abonada respecto a sus hijos conforme a la legislación italiana.

Mediante la primera cuestión planteada en el apartado 2, el órgano jurisdiccional remitente desea que se declare si debe interpretarse el artículo 77 del Reglamento nº 1408/71 en el sentido de que el derecho a un complemento a las prestaciones existe asimismo cuando se ha causado el derecho a una pensión en virtud de la legislación de un Estado miembro (en este caso, la República Federal de Alemania) después de trasladar la residencia a otro Estado miembro (en el caso del Sr. Giganti, Italia).

La segunda cuestión del apartado 2 se plantea para el supuesto de que la primera cuestión reciba una respuesta afirmativa. Se refiere a una situación, como es el caso del Sr. Palermo, en la que la familia del titular de una pensión aumenta después del regreso al Estado miembro del que el interesado es nacional. El órgano jurisdiccional remitente desea que se declare si el complemento a las prestaciones sólo corresponde respecto a los

14 — Conforme al artículo 1262 de la RVO, los titulares de pensiones, aparte de las víctimas de un accidente grave de trabajo (a las que se aplica el régimen del artículo 583 de la RVO), tienen derecho, respecto a los hijos a su cargo, a un incremento por hijo a cargo («Kinderzuschuß») cuando ya percibieran dicha prestación con anterioridad a 1984. Su estatuto es análogo al de los suplementos por hijos («Kinderzulagen») (véase *supra*, apartado 8). Cuando el importe concedido en concepto de incremento por hijo a cargo sea inferior a la asignación por hijo a cargo normalmente debida («Kindergeld»), los interesados también pueden solicitar la correspondiente asignación parcial («Teilkindergeld»).

hijos a cargo antes del traslado de residencia, o si también respecto a los hijos nacidos después de dicho traslado.

14. El órgano jurisdiccional remitente plantea estas cuestiones al Tribunal de Justicia porque considera que la jurisprudencia de este Tribunal puede interpretarse de dos maneras. En la citada sentencia Laterza, el Tribunal de Justicia declaró que el derecho a prestaciones familiares a cargo del Estado miembro en cuyo territorio reside el titular de la pensión no hace que desaparezca el derecho a prestaciones familiares más elevadas «*anteriormente causado* a cargo de otro Estado miembro». El órgano jurisdiccional remitente señala que esta parte de la frase ha dado origen a lo que la doctrina alemana ha denominado «Mitnahmetheorie».[15] Según esta teoría, el derecho a un complemento a las prestaciones pretende únicamente proteger los derechos adquiridos. Estos derechos no pueden resultar disminuidos como consecuencia del ejercicio del derecho a la libre circulación. Pero, cuando, antes de ejercer este derecho a la libre circulación, el interesado no cumplía todos los requisitos para percibir las prestaciones familiares previstas en la legislación del Estado miembro en el que entonces residía, no adquirió el derecho a una asignación por hijo a cargo, y este último Estado no debe, pues, soportar la carga de un complemento a las prestaciones. El Bayerische Landessozialgericht se ha adherido a esta teoría. El órgano jurisdiccional remitente se pregunta, no obstante, en qué medida esta teoría es compatible con el punto de vista adoptado por el Tribunal de Justicia en la sentencia D'Amario, según el cual, «el hecho de que un huérfano haya tenido siempre su residencia en un Estado miembro o de que la haya trasladado a éste, es irrelevante para la aplicación de los artículos 77 y 78 del Reglamento nº 1408/71» (apartado 7; *traducción provisional).*

15. En las observaciones que ha presentado ante el Tribunal de Justicia, el Gobierno alemán defiende la citada teoría. La Comisión, el Gobierno italiano y las partes del litigio principal, que han presentado observaciones a este respecto, rechazan no obstante esta teoría, en mi opinión, acertadamente. Ya he indicado anteriormente (punto 7) que, para determinar si existe el derecho a un complemento a las prestaciones, la legislación del Estado miembro distinto del Estado miembro de residencia debe aplicarse *como si* el titular de las pensiones y sus hijos residieran en el territorio de este Estado miembro. De ello resulta, forzosamente, que no puede distinguirse entre los beneficiarios en función de su residencia en el momento de causar el derecho a las pensiones o en el momento del nacimiento de los hijos.

Si bien estoy de acuerdo con el Gobierno alemán cuando parte de la idea de que el complemento a las prestaciones pretende proteger exclusivamente los derechos adquiridos por el titular de pensiones, no obstante, dicho Gobierno se equivoca al considerar que el interesado todavía no había adquirido derechos en el caso de que, antes de trasladar su residencia a otro Estado miembro, no hubiera percibido prestaciones o no pudiera percibirlas. En efecto, el derecho a prestaciones por hijos está ligado al derecho a la pensión. Cuando se ha adquirido el derecho a la pensión como consecuencia de la realización de la circunstancia de la que depende a título principal tal derecho (por ejemplo, el ejercicio de una actividad profesional y/o, según la naturaleza de la pensión, la realización de una contingencia determinada), pero todavía no se ha concedido esa pensión porque aún no se han cumplido todos los requisitos previstos para

15 — Véase al respecto, en sentido contrario, J. Stahlberg, «Deutsches Kindergeld für EG-Staatsangehörige», *Die Sozialgerichtsbarkeit* (SGb) 1989, pp. 238 y ss., especialmente p. 245.

ello (por ejemplo, porque el titular todavía no ha alcanzado la edad de pensión prescrita o porque aún no se ha producido otra circunstancia exigida para la concesión efectiva), el derecho a la pensión y, con él, el derecho a las prestaciones por hijos ya se han adquirido de manera condicional. En caso de traslado de la residencia a otro Estado miembro, este derecho a las prestaciones condicional está tan protegido por las normas comunitarias como lo está el derecho a las prestaciones que ya son debidas en ese momento. De ello resulta que un complemento a las prestaciones también es debido a cargo de un Estado miembro diferente del de residencia cuando el derecho a la pensión en virtud de la legislación de ese mismo Estado no se ha causado sino después del cambio de residencia, al igual que respecto a los hijos nacidos después de dicho cambio.

16. Por otra parte, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia señala en esta misma dirección. No sólo la sentencia D'Amario citada por el órgano jurisdiccional remitente (que, no obstante, se refiere a la situación de un huérfano), sino asimismo la sentencia Baldi, más reciente, me parecen particularmente significativas. Esta última sentencia se refería a un pensionista de nacionalidad italiana que había trabajado tanto en Italia como en Bélgica. En 1977, el Sr. Baldi se instaló en Italia, donde percibió una pensión de invalidez y subsidios familiares en virtud de la legislación italiana. Hasta 1978 no se le reconoció el derecho a una pensión de invalidez en virtud de la legislación belga. Tal circunstancia no impidió, en absoluto, que el Tribunal de Justicia declarara que la institución belga competente, en tal caso, era deudora de un complemento a las prestaciones, conforme al artículo 77 del Reglamento nº 1408/71.

Además, la sentencia Laterza difícilmente puede apoyar la idea de que, por los hijos nacidos después del traslado de residencia, no corresponde ningún complemento a las prestaciones. El Sr. Laterza era un pensionista de nacionalidad italiana que había trabajado en Bélgica como minero. Había contraído matrimonio y había tenido hijos después de regresar a Italia. Ello no impidió que el Tribunal de Justicia declarara también en aquel caso que, en tal supuesto, se debía un complemento a las prestaciones.

Las cuestiones planteadas en el apartado 3

17. Las cuestiones contenidas en el apartado 3 se refieren a todas las asignaciones por hijos a cargo debidas conforme a la BKGG en favor de titulares de pensiones o en favor de huérfanos residentes fuera de la República Federal de Alemania, con independencia de que esta asignación por hijo a cargo corresponda sólo en virtud de la legislación alemana [letra a) del apartado 2 del artículo 77 y letra a) del apartado 2 del artículo 78 del Reglamento nº 1408/71] o de que sea debida en cuanto complemento a las prestaciones junto a una prestación debida conforme a la legislación de otro Estado miembro [letra b) del apartado 2 de los mismos artículos]. Para comprender bien estas cuestiones, también aquí es necesario detenerse brevemente en las normas de la legislación alemana que subordinan el importe de la asignación por hijo a cargo a los ingresos anuales netos del beneficiario.

18. Conforme al apartado 1 del artículo 10 de la BKGG, la asignación mensual por hijo a cargo asciende a 50 DM respecto al primer hijo, a 100 DM respecto al segundo hijo (130 DM a partir del 1 de julio de 1990), a 220 DM respecto al tercer hijo y a 240 DM respecto al cuarto hijo y por cada hijo siguiente. Conforme al apartado 2 del

artículo 10 de la BKGG, la asignación por hijo a cargo, no obstante, se reduce progresivamente respecto al segundo hijo y cada hijo siguiente, hasta alcanzar un importe de base de 70 DM por el segundo hijo y de 140 DM por cada hijo siguiente, cuando los ingresos anuales del beneficiario y de su cónyuge superen en 480 DM un importe exento. El importe exento asciende a 26 600 DM para el beneficiario casado que resida con su cónyuge, y a 19 000 DM para los demás beneficiarios, importes que deben incrementarse en 9 200 DM respecto a cada hijo por el que le corresponda al beneficiario una asignación por hijo a cargo. [16]

El apartado 1 del artículo 11 de la BKGG precisa qué debe entenderse bajo el concepto de «ingresos anuales». Se trata de la suma de los ingresos percibidos durante el año civil anterior que son tenidos en cuenta a efectos de la aplicación de la «Einkommensteuergesetz» (Ley del Impuesto sobre la Renta). El apartado 2 del artículo 11 de la BKGG dispone que podrán deducirse de la citada suma determinadas cargas familiares, entre las que figuran el Impuesto sobre la Renta, los gastos de Seguridad Social dentro de los límites mencionados en la legislación tributaria y los gastos de manutención de determinadas personas, asimismo dentro de los límites mencionados en la legislación tributaria.

19. El órgano jurisdiccional remitente desea que se declare si la reducción de la asignación por hijo a cargo prevista en la BKGG para el caso de que los ingresos familiares superen un importe dado puede aplicarse asimismo cuando el beneficiario reside fuera del territorio de la República Federal de Alemania, donde percibe ingresos. En caso afirmativo, el órgano jurisdiccional remitente desea saber cómo debe entonces calcularse la asignación por hijos a cargo, puesto que ésta está ligada a los ingresos anuales. En concreto, desea que se declare cómo deben determinarse los ingresos netos, es decir, los ingresos una vez deducidas determinadas cargas familiares dentro de los límites fijados por el Derecho tributario, percibidos en otro Estado miembro, y cómo deben tenerse en cuenta para reducir la asignación por hijo a cargo.

20. Las observaciones formuladas en relación con estas cuestiones son extremadamente divergentes. Así, el Gobierno alemán considera que el apartado 2 del artículo 12 del Reglamento nº 1408/71 es aplicable. Conforme a la primera frase de este precepto:

«Las cláusulas de reducción [...] previstas por la legislación de un Estado miembro en caso de acumulación de una prestación con [...] otros ingresos afectarán al beneficiario, incluso cuando se trate de [...] ingresos obtenidos en el territorio de otro Estado miembro.»

Este punto de vista expresado por el Gobierno alemán no me parece compatible con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. El Tribunal de Justicia ha declarado, entre otras, en la sentencia Bakker, [17] que del tenor del artículo 12 se desprende

16 — No está claro si este régimen se aplica asimismo a la asignación en favor de huérfanos. Ahora bien, el órgano jurisdiccional remitente parte, en su cuestión, del principio de que el importe de la prestación en favor de los huérfanos puede asimismo reducirse. Por consiguiente, analizaré esta cuestión a continuación, a la luz tanto del artículo 77 (titulares de pensiones), como del artículo 78 (huérfanos) del Reglamento nº 1408/71.

17 — Sentencia de 20 de abril de 1988, Bakker (151/87, Rec. p. 2009).

«que las cláusulas antiacumulación contempladas por esa disposición se refieren únicamente a los casos en que una misma persona es beneficiaria de varias prestaciones» (apartado 12)

y que dicha norma

«constituye la contrapartida de las ventajas que el Derecho comunitario ofrece a los trabajadores, permitiéndoles invocar la aplicación simultánea de las legislaciones de seguridad social de varios Estados miembros» (apartado 13).

Los citados artículos 10 y 11 de la BKGG no son normas que prohíban la acumulación, puesto que no tienen por efecto reducir la asignación por hijo a cargo por el importe de una prestación de la misma naturaleza ya percibida en otro Estado.

21. Por su parte, la Comisión defiende el punto de vista según el cual, la reducción de la prestación por hijo a cargo prescrita en los artículos 10 y 11 de la BKGG no puede oponerse al beneficiario de la asignación por hijo a cargo que reside en un Estado miembro diferente de la República Federal de Alemania, en el que percibe ingresos. Esta tesis se basa en la consideración de que los citados preceptos de la BKGG tienen en cuenta los ingresos anuales, tal como están definidos en la «Einkommensteuergesetz» alemana. Ahora bien, aplicar estas normas tributarias alemanas a beneficiarios residentes en otros Estados miembros equivaldría a darles un ámbito de aplicación extraterritorial.

No es preciso detenerse en esta tesis de la Comisión, ya que el órgano jurisdiccional remitente precisamente ha planteado las cuestiones partiendo de la idea de que las disposiciones afectadas permiten reducir la asignación por hijo a cargo en función de los ingresos percibidos en el extranjero, y que no corresponde al Tribunal de Justicia entrar a interpretar tales preceptos. Entiendo, pues, las cuestiones planteadas en el sentido de que el órgano jurisdiccional remitente desea que se declare si los artículos 77 y 78 del Reglamento nº 1408/71 también autorizan tal reducción y, en caso afirmativo, cómo debe calcularse dicha reducción sin infringir el Derecho comunitario.

22. Considero que debe responderse a las cuestiones planteadas en el apartado 3 tomando en consideración el principio de igualdad de trato. En el caso de que, conforme a la legislación de un Estado miembro (en este caso, la República Federal de Alemania), las prestaciones por los hijos a cargo de titulares de pensiones o las prestaciones en favor de los huérfanos, se reduzcan en función de los ingresos netos anuales de los beneficiarios que residen en el territorio de este Estado, tal reducción puede operarse asimismo respecto a los beneficiarios residentes en otro Estado miembro, en la medida en que éstos no resulten perjudicados.

En el transcurso de la vista, algunos demandantes en los procedimientos principales sostuvieron que, para eliminar las dificultades prácticas, la institución competente alemana reduce sistemáticamente el importe básico de la asignación por hijos pagada a beneficiarios residentes en el extranjero. El apartado 3 del artículo 11 de la BKGG prescribe tal reducción en tanto no se haya determinado el importe del impuesto corres-

pondiente a los ingresos anuales que deben tenerse en cuenta.

Si, efectivamente, se realiza esta práctica administrativa, considero que es contraria al principio de igualdad de trato prescrito en el Reglamento nº 1408/71. Conforme a una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, este principio

«prohíbe no sólo las discriminaciones ostensibles, fundadas en la nacionalidad, sino también todas las formas disimuladas de discriminación que, por aplicación de otros criterios de distinción, llegan de hecho al mismo resultado». [18]

Reducir sistemáticamente al importe básico la asignación por hijos a cargo, por el hecho de que las autoridades alemanas no han determinado el impuesto, me parece que es una de esas formas disimuladas de discriminación. Este modo de actuar perjudica a los beneficiarios residentes en otro Estado miembro, dado que, normalmente, no están sometidos a la legislación tributaria alemana.

23. Una vez aclarado lo anterior, en mi opinión, no corresponde al Tribunal de Justicia indicar cómo deben aplicarse las disposiciones alemanas relativas a la reducción de la asignación por hijos a los beneficiarios residentes en otro Estado miembro, donde han percibido ingresos. A la vista del principio de igualdad de trato, deseo, no obstante, fijar un punto de partida. En el marco del cálculo de la asignación por hijos a cargo abonada a los beneficiarios residentes en otro Estado miembro, las autoridades alemanas sólo pueden aplicar la reducción prevista en el régimen nacional en función de elementos probatorios relativos a los ingresos obtenidos en el extranjero y a los gastos efectuados. Las normas tributarias alemanas a las que se remite la BKGG podrán, pues, aplicarse por analogía a dichos datos.

Con el fin de obtener los citados elementos de prueba, las autoridades alemanas naturalmente podrán recurrir a la colaboración del propio beneficiario y, si es posible, a la de las autoridades públicas extranjeras competentes. En caso de que el beneficiario se niegue a colaborar, sólo podrán imponer posibles sanciones en la medida en que se proceda del mismo modo respecto a los beneficiarios residentes en la República Federal de Alemania que nieguen su colaboración.

Las cuestiones planteadas en el apartado 4

24. El 17 de octubre de 1985, la Comisión Administrativa para la Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes, prevista en los artículos 80 y 81 del Reglamento nº 1408/71, adoptó la Decisión nº 129, relativa a la aplicación, entre otros, de los artículos 77 y 78 de dicho Reglamento. [19] Esta Decisión contiene determinadas disposiciones con el objeto de, continuando la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, definir los casos en los que es debido un complemento a las prestaciones, establecer los procedimientos para determinar su importe y

18 — Véase, entre otras, la sentencia de 15 de enero de 1986, Pinna (41/84, Rec. p. 1), apartado 23.

19 — DO 1986, C 141, p. 7.

regular las obligaciones de las instituciones competentes.

Tal como yo lo entiendo, el órgano jurisdiccional remitente somete al Tribunal de Justicia las cuestiones incluidas en el apartado 4 debido a que alberga dudas sobre si la Decisión nº 129 de la Comisión Administrativa contiene normas suficientes para generar el derecho a un complemento a las prestaciones.

Parece que el órgano jurisdiccional remitente pasa por alto que una Decisión de la Comisión Administrativa sólo constituye una ayuda para las instituciones de Seguridad Social encargadas de aplicar el Derecho comunitario en este ámbito, pero no puede imponer a dichas instituciones ninguna obligación, ni puede reconocerles exenciones en relación con la aplicación o interpretación de normas comunitarias.[20] *A fortiori,* la Comisión Administrativa no puede generar ningún derecho a complementos a las prestaciones. Este derecho resulta de los artículos 77 y 78 del Reglamento nº 1408/71, tal como el Tribunal de Justicia los ha interpretado. No pretendo negar que su aplicación pueda todavía dar lugar a dificultades prácticas, en cuyo caso, la Comisión Administrativa pueda dar indicaciones complementarias de utilidad. Como el Tribunal de Justicia ha indicado en el asunto D'Amario (en el apartado 8), la existencia de dificultades prácticas no supone, no obstante, ningún motivo que justifique la denegación del derecho al complemento a las prestaciones a los interesados.

Conclusión

Sugiero al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones en los siguientes términos:

«1) a) El inciso i) de la letra b) del apartado 2 del artículo 77 y el inciso i) de la letra b) del apartado 2 del artículo 78 del Reglamento (CEE) nº 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, en la redacción contenida en el Anexo I del Reglamento (CEE) nº 2001/83 del Consejo, de 2 de junio de 1983, deben interpretarse en el sentido de que el derecho del titular de una pensión o renta, que tenga uno o varios hijos a cargo, o, en su caso, de un huérfano, a un complemento a las prestaciones —es decir, el importe correspondiente a la diferencia entre el importe de la prestación efectivamente percibido a cargo de la legislación del Estado miembro de residencia y el importe de la prestación a cargo de la legislación de otro Estado miembro— también se ha causado cuando la legislación de este último Estado subordina la concesión de las prestaciones al requisito de que el titular de la pensión o renta y sus hijos, o, en su caso, el huérfano, residan en el territorio de este Estado.

20 — Sentencia de 14 de mayo de 1981, Romano (98/80, Rec. p. 1241).

b) El artículo 77 del Reglamento (CEE) nº 1408/71 es aplicable a la parte de la asignación por hijos a cargo ("Kindergeld") a la que el titular de una pensión de accidente de trabajo que tenga uno o varios hijos a cargo tenga derecho conforme a la "Bundeskindergeldgesetz" (Ley relativa a las asignaciones por hijos a cargo).

2) El inciso i) de la letra b) del apartado 2 del artículo 77 del Reglamento (CEE) nº 1408/71 debe interpretarse en el sentido de que el citado complemento a las prestaciones, a cargo de un Estado miembro distinto del de residencia, asimismo es debido:

— cuando el derecho a una pensión en virtud de la legislación de este otro Estado miembro se ha causado después del traslado de residencia;

— respecto a los hijos nacidos después del traslado de residencia.

3) Los artículos 77 y 78 del Reglamento (CEE) nº 1408/71 deben interpretarse en el sentido de que, cuando la prestación por hijos a cargo de un titular de una pensión o renta, o, en su caso, de un huérfano, pagada conforme a la legislación de un Estado miembro se reduzca en función de los ingresos anuales netos de los beneficiarios que residan en el territorio de este Estado, dicha reducción puede asimismo efectuarse, siempre que se respete el principio de igualdad de trato, en función de los ingresos anuales netos de los beneficiarios que residan en otro Estado miembro, determinados conforme a elementos de prueba.

4) Las Decisiones de la Comisión Administrativa prevista en los artículos 80 y 81 del Reglamento (CEE) nº 1408/71 sólo constituyen una ayuda para las instituciones de Seguridad Social encargadas de aplicar el Derecho comunitario en este ámbito, pero no pueden imponer a dichas instituciones ninguna obligación, ni pueden reconocerles exenciones en relación con la aplicación o interpretación de las normas comunitarias.»